

# VU Research Portal

## De Dienstenwet en het algemeen bestuursrecht. Een ménage à trois!

Botman, M.R.

**published in**  
RegelMaat  
2011

**document version**  
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Botman, M. R. (2011). De Dienstenwet en het algemeen bestuursrecht. Een ménage à trois! *RegelMaat*, 26(5), 241-255. <http://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/regelmaat/2011/5>

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**E-mail address:**  
[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## De Dienstenwet en het algemeen bestuursrecht

### Een ménage à trois!

M.R. Botman

#### 1. Inleiding

De Europese Dienstenrichtlijn<sup>1</sup> heeft grote gevolgen voor ons nationale bestuursrecht; zij stelt niet alleen eisen aan vergunningstelsels voor de toegang tot of uitoefening van dienstenactiviteiten, maar stelt ook voorwaarden aan de vergunningsprocedure zelf. Zo moeten alle dienstenvergunningen via één elektronisch loket kunnen worden afgewikkeld en geldt dat een gevraagde beschikking van rechtswege is gegeven, indien niet tijdig is beslist. Het wegnemen van fysieke en bureaucratische belemmeringen moet bijdragen aan de realisatie van een echte interne markt voor diensten.

De wetgever heeft de eisen uit de richtlijn ten aanzien van de vergunningsprocedure omgezet in een aparte, algemene wet: de Dienstenwet (DW).<sup>2</sup> Hij heeft dus geen aanleiding gezien deze verplichtingen te reguleren in de Algemene wet bestuursrecht (Awb), zoals Duijkersloot en Widdershoven in het vorige thema-nummer van dit tijdschrift over de Dienstenrichtlijn (DRL) hadden bepleit.<sup>3</sup> De bepalingen uit de Awb spelen bij de tenuitvoerlegging van de richtlijn niettemin een belangrijke rol. Voor zover hiervan in de Dienstenwet niet is afgeweken, zijn deze immers 'gewoon' van toepassing op vergunningsprocedures die vallen onder de Dienstenwet. Daarbij dienen de Awb-bepalingen in overeenstemming met hun Europeesrechtelijke betekenis te worden uitgelegd. In dit verband vormen de richtlijn, de Dienstenwet en de Awb een driehoeksverhouding. In deze bijdrage staat die driehoeksverhouding centraal ten aanzien van de verplichtingen uit de

1 Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006, *PbEU* 2006, L 376/38 (hierna ook: de richtlijn).

2 In Europese termen wordt gesproken van 'horizontale', oftewel sectoroverstijgende, wetgeving. Wet van 12 november tot implementatie van Europese regelgeving betreffende het verkeer van diensten op de interne markt (Dienstenwet), *Stb.* 2009, 503. Zie hierover Ch.W. Backes, 'Much ado about nothing of het begin van een nieuwe bestuurscultuur? De omzetting van de Dienstenrichtlijn', *NTB* 2009/afl. 40, p. 307-317.

3 A.P.W. Duijkersloot & R.J.G.M. Widdershoven, 'De Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', *RegelMaat* 2007/afl. 5, p. 190-204; tevens E. Steyger, 'De implementatie van de Dienstenrichtlijn en het algemeen bestuursrecht', *NTB* 2008/afl. 1, p. 1 e.v.; zie ook R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese agenda van de Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007 (hierna: *De Europese agenda van de Awb*). Van belang is om te vermelden dat niet alle bepalingen uit de richtlijn zijn omgezet in nationale wet- of regelgeving. Dit geldt onder meer voor de kernbepalingen 9 en 16 van de Dienstenrichtlijn. Zie M.R. Botman, 'De Dienstenwet: dekt de vlag de lading? Pleidooi voor verdere omzetting van de Dienstenrichtlijn', *NTB* 2010/afl. 4, p. 109.

richtlijn die zien op elektronische afwikkeling van vergunningaanvragen en de te volgen besluitvormingsprocedure. Allereerst bekijk ik hoe de wetgever deze verplichtingen heeft omgezet in de Dienstenwet. Vervolgens ga ik na hoe deze bepalingen zich verhouden tot de richtlijn en welke gevolgen zij hebben voor de toepasselijkheid van de Awb. Daarbij analyseer ik welke spanningen zich voordoen tussen de richtlijn, de Dienstenwet en de Awb. Hoe kan de (decentrale) wetgever deze spanningen wegnemen? Ik sluit de bijdrage af met een slotbeschouwing. Om een indruk te krijgen van de omvang van de activiteiten waarop de Dienstenwet ziet, besteed ik evenwel eerst aandacht aan de reikwijdte van de wet.

## 2. De reikwijdte van de Dienstenwet

### 2.1 Tweesporenbeleid

De Dienstenwet hanteert ten aanzien van diens reikwijdte een tweesporenbeleid. Enerzijds is met een dynamische verwijzing<sup>4</sup> naar de richtlijn gewaarborgd dat alle eisen en vergunningstelsels die vallen onder het bereik van de richtlijn, automatisch ook vallen onder het bereik van de wet (art. 2 lid 1 DW). De definities van de begrippen 'dienst', 'dienstverrichter' en 'vestiging' sluiten eveneens direct aan bij de omschrijvingen in de richtlijn (art. 1 DW). Anderzijds is bepaald dat de Dienstenwet *in ieder geval* van toepassing is op de eisen en vergunningstelsels die zijn opgenomen in een nadere ministeriële regeling (art. 2 lid 2 DW). Dit betreft de Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet, een document van bijna driehonderd pagina's waarin voorschriften op centraal en decentraal niveau zijn opgenomen.<sup>5</sup> Deze lijst maakt duidelijk dat de reikwijdte aanzienlijk is. De bekende voorbeelden zijn de drank- en horecavergunning, inschrijving van een onderneming in het handelsregister, de evenementenvergunning en de exploitatievergunning. De Dienstenwet kan echter ook van toepassing zijn op eisen in bestemmingsplannen, omgevingsvergunningen en vergunningen en registratie voor kinderopvang. In dit kader is het van belang om op te merken dat het begrip 'vergunning' in de Dienstenwet ook andere vormen van toestemming omvat dan alleen via een beschikking op een aanvraag in de zin van de Awb.<sup>6</sup>

Het tweesporenbeleid lijkt mij vanuit een oogpunt van rechtszekerheid een goede keuze. Met de regeling wordt houvast geboden aan dienstverrichters en overheden, terwijl de dynamische verwijzing zorgt voor flexibiliteit.<sup>7</sup> Deze flexibiliteit is noodzakelijk, aangezien, zoals ook blijkt uit de bijdragen van Bart Hessel en Jenny de Boer elders in dit themanummer, de exacte reikwijdte van de richtlijn nog altijd een gecompliceerde aangelegenheid is. Een van de discussiepunten

4 Zie Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzing 336 (Circulaire van de minister-president van 18 november 1992, *Stcrt.* 1992, 230, laatstelijk gewijzigd op 11 mei 2011, *Stcrt.* 2011, 6602).

5 *Stcrt.* 2010, 2290, laatstelijk gewijzigd op 1 juli 2011, *Stcrt.* 2011, 11392. De lijst is het resultaat van de screening die door de verschillende overheden is verricht.

6 Zie art. 1 DW en *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3 p. 44. Zie over het begrip: R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, deel 1, Deventer: Kluwer 2010, p. 812-814.

7 Idem Backes 2009, p. 311.

betreft de vraag in hoeverre de Dienstenrichtlijn van toepassing is op goederen, althans de distributie ervan. Dit zou betekenen dat ook wet- en regelgeving die ziet op goederen in overeenstemming met de richtlijn moet worden gebracht.

## 2.2 Goederen én diensten?

De toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn op distributie van goederen heeft in de literatuur veel aandacht gehad.<sup>8</sup> De discussie is ontstaan doordat in overweging 33 van de considerans 'distributiehandel' is opgenomen als voorbeeld van een activiteit waarop de richtlijn betrekking heeft. Tevens zou dit volgen uit het *Handboek* van de Commissie,<sup>9</sup> alsmede uit andere brochures die de Commissie verspreidt.<sup>10</sup> De Nederlandse wetgever stelt zich evenwel op het standpunt dat de richtlijn niet ziet op verkoop van goederen.<sup>11</sup> Dit standpunt vind ik goed verdedigbaar. De richtlijn is ingevolge artikel 4 lid 1 uitsluitend van toepassing op dienstverrichtingen zoals bedoeld in artikel 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). In de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (hierna: het Hof) wordt duidelijk onderscheid gemaakt tussen de verkoop van goederen en het leveren van diensten; een goed wordt nimmer tegelijkertijd gekwalificeerd als een dienst, ook al omdat diensten ingevolge artikel 57 VWEU strikt genomen een restcategorie vormen. Er is eerst sprake van een dienst, indien de bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen, kapitaal en personen niet van toepassing zijn.<sup>12</sup> Indien er sprake is van een combinatie van het leveren van een goed met een dienst, gaat het Hof na welke aspecten van de betreffende activiteit ondergeschikt zijn. Indien de levering van een product geen doel op zich is, maar accessoir aan de dienstverrichting, is er sprake van een dienstverrichting. In de zaak *Schindler* oordeelde het Hof bijvoorbeeld dat het invoeren en verspreiden van reclamemateriaal en bestelformulieren voor het organiseren van een loterij verband hield met een dienstverrichting, omdat deze werkzaamheden niet los konden worden gezien van de loterij waaraan zij gekoppeld waren.<sup>13</sup> In de zaak *Josemans* oordeelde het Hof dat bij de verkoop van alcoholvrije dranken en etenswaren in coffeeshops het zwaartepunt ligt op de dien-

8 Zie onder meer B. Hessel, 'De Dienstenrichtlijn leidt tot hoofdbrekens voor de wetgever', *RegelMaat* 2007/afl. 5, p. 205-217; Duijkersloot & Widdershoven 2007, p. 192; Backes 2009, p. 311-312.

9 Europese Commissie, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, 2007, p. 10 en 15 (hierna: *Handboek*), zie <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/services-dir/handbook\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/handbook_en.htm)>.

10 Zo valt in de brochure aangaande de richtlijn voor de consument te lezen: 'U gebruikt een dienst telkens als u boodschappen doet bij een supermarkt (...)' Zie <[http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/services-dir/leaflet/leaflet\\_for\\_consumers\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/leaflet/leaflet_for_consumers_nl.pdf)> (geraadpleegd 25 juli 2011).

11 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 13. Bart Hessel stelt in zijn bijdrage van dit thema-nummer terecht dat dit standpunt niet geheel consistent wordt toegepast.

12 Zie onder meer zaak 55/94, *Gebhard*, NJ 1997, 53, r.o. 22 en zaak C-452/04, *Fidium Finanz*, Jur. 2006, p. I-9521.

13 Zaak C-275/92, *Schindler*, Jur. 1994, p. I-1039.

stenactiviteit en niet op de levering van het goed zelf.<sup>14</sup> Indien daarentegen de dienstverrichting enkel het instrument vormt voor de levering van een goed aan de gebruiker, is er sprake van een goed. Zo oordeelde het Hof in de zaak *Burmanjer* dat het enkele feit dat de ambulante verkoop van een tijdschriftabonnement vergezeld kan gaan met het leveren van een dienst, onvoldoende is om deze handeling aan te merken als dienstverrichting.<sup>15</sup> In sommige situaties is er geen ondergeschiktheid van de ene handeling ten opzichte van de andere, ook al houden de handelingen verband met elkaar. In dat geval dienen de elementen van elkaar te worden onderscheiden. Ten aanzien van kansautomaten bijvoorbeeld maakte het Hof onderscheid tussen de *invoer* van het product en de *exploitatie* ervan.<sup>16</sup> Op basis van voorgaande jurisprudentie kan de verkoop van goederen, zoals in supermarkten en doe-het-zelfzaken, mijns inziens niet worden gekwalificeerd als dienstverlening in de zin van artikel 57 VWEU. Dat de aankoop van bepaalde producten gepaard gaat met advies, maakt dit niet anders; dit element is ondergeschikt aan de aanschaf van het goed.

In secundaire regelgeving hoeft de omschrijving of uitleg van het begrip 'dienst' evenwel niet noodzakelijkerwijs overeen te komen met de uitleg daarvan in het primaire Unierecht. Het begrip 'dienst van de informatiemaatschappij' bijvoorbeeld, in de Richtlijn inzake elektronische handel, bestrijkt onder meer de online-verkoop van goederen (maar niet de goederen als zodanig, of de levering ervan).<sup>17</sup> Een 'dienst' in het kader van de btw-richtlijnen omvat 'elke handeling die geen levering van een goed is'.<sup>18</sup> Het is vanuit juridisch oogpunt derhalve niet helemaal uitgesloten dat de Dienstenrichtlijn een eigen interpretatie zal kennen en ook van toepassing kan zijn op (distributie van) goederen.<sup>19</sup> Het standpunt van de Nederlandse wetgever is dus weliswaar goed verdedigbaar, maar vooralsnog geen rustig bezit. Het Hof zal uiteindelijk de knoop moeten doorhakken. Voor wet- en regelgevers is het van groot belang de ontwikkelingen dienaangaande nauwgezet te volgen en hierop in te spelen.

Het voorgaande ziet overigens uitsluitend op de vraag hoe een bepaalde activiteit in een concreet geval moet worden gekwalificeerd. Deze vraag dient mijns inziens te worden onderscheiden van de vraag of een nationale regeling een belemmering vormt voor het vrij verkeer van diensten, het vrij verkeer van goederen of beide. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat één en dezelfde regeling, zoals een verbod op reclame van een product, onder omstandigheden beide vrijheden tegelij-

14 Zaak C-137/09, *Josemans*, 16 december 2010, n.n.g., r.o. 49. Vgl. zaak C-97/98, *Jägerskiöld*, *Jur.* 1999, p. I-7319 en zaak C-451/99, *Cura Anlagen*, *Jur.* 2002, p. I-3193, r.o. 18.

15 Zaak C-20/03, *Burmanjer*, *Jur.* 2005, p. I-4133.

16 Zaak C-124/97, *Läärä*, *Jur.* 1999, p. I-6067, r.o. 15-20 en zaak C-6/01, *Anomar*, *Jur.* 2003, p. I-8621.

17 Zie zaak C-108/09, *Ker-Optika*, 2 december 2010, n.n.g. (Richtlijn 2000/31/EG, *PbEU* 2000, L 178, p. 1).

18 Zie zaak C-497/09, C-499/09, C-501/09 en C-502/09, *Bog*, 10 maart 2011, n.n.g. Vgl. ook zaak C-418/02, *Praktiker Bau*, *Jur.* 2005, p. I-5873 en zaak C-553/07, *Falco Privatstiftung*, *Jur.* 2009, p. I-3327.

19 Vgl. ook zaak C-418/02 *Praktiker Bau*, *Jur.* 2005, p. I-5873 en de zaak C-553/07, *Falco Privatstiftung*, *Jur.* 2009, p. I-3327.

kertijd kan belemmeren en derhalve aan beide vrijheden moet worden getoetst.<sup>20</sup> Hoofddregel is echter dat een regeling ten aanzien van een van deze vrijheden wordt getoetst.<sup>21</sup> Bij het opstellen van regelgeving dient aan de hand van de vuistregels zoals geformuleerd in deze rechtspraak te worden nagegaan op welke vrijheid of vrijheden de betreffende voorschriften betrekking hebben.

### 3. De elektronische procedure

#### 3.1 *Het elektronisch loket*

Zoals aangegeven schrijft de Dienstenrichtlijn voor dat een dienstverrichter alle vergunningen die nodig zijn voor de toegang of de uitoefening van zijn dienstenactiviteit, via één elektronisch loket moet kunnen afwikkelen (art. 6 en 8 DRL).<sup>22</sup> Deze verplichting is in de Dienstenwet stevig verankerd. De minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie is verantwoordelijk voor het inrichten van dit loket en de bevoegde instanties zijn op hun beurt verplicht zich hierop aan te sluiten en ervoor te zorgen dat zij via het loket bereikbaar zijn voor dienstverrichters (art. 5, respectievelijk art. 14 lid 1 sub a en c DW). De minister maakt voor de vervulling van zijn taak gebruik van de centrale website <www.antwoordvoorbedrijven.nl>. Binnen deze website is een afgeschermd omgeving gecreëerd, waarin zich voor dienstverrichters en bevoegde instanties zogenoemde berichtenboxen bevinden waarmee berichten kunnen worden verzonden en ontvangen (art. 13 DW).<sup>23</sup> Indien een dienstverrichter buiten het loket om een vergunningaanvraag per e-mail indient, verplicht mijns inziens de Dienstenrichtlijn noch de Dienstenwet de bevoegde instantie deze e-mail te aanvaarden. Uiteraard is zij hiertoe wel bevoegd.<sup>24</sup>

#### 3.2 *Elektronische afwikkeling: Awb niet toepasselijk*

De elektronische afwikkeling van dienstenvergunningaanvragen heeft tot gevolg dat een aantal bepalingen uit de Awb buiten toepassing moet blijven. Ingevolge de Dienstenrichtlijn en -wet moet elektronisch verkeer met een bevoegde instantie via het centraal loket altijd mogelijk zijn. Dit gaat verder dan de regeling in artikel 2:15 lid 1 Awb, op grond waarvan elektronisch verkeer alleen mogelijk is voor zover het geadresseerde bestuursorgaan deze weg heeft geopend.<sup>25</sup> Deze bepaling is derhalve niet van toepassing. Andersom is een bevoegde instantie verplicht berichten via het centraal loket naar de dienstverrichter te verzenden, indien deze heeft aangegeven langs deze weg voldoende bereikbaar te zijn (art. 14 lid 1 onder

20 Bijvoorbeeld zaak C-34/95, C-35/95 en C-36/95, *De Agostini en TV-shop*, Jur. 1997, p. I-3843.

21 Vaste jurisprudentie: zie zaak C-275/92, *Schindler*, Jur. 1994, p. I-1039, r.o. 22; zaak C-71/02, *Karner*, Jur. 2004, p. I-3025, r.o. 46. Vgl. ABRvS 2 maart 2011, AB 2011, 11 m.nt. E. Steyger.

22 Het elektronisch loket moet dienstverrichters tevens van informatie voorzien. Daarnaast moeten dienstverrichters elektronisch bijstand kunnen verkrijgen. Deze bijdrage beperkt zich echter tot de afwikkeelfunctie van het loket.

23 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 35-36.

24 En onder omstandigheden zelfs verplicht, zie G. Overkleef-Verburg, 'Elektronisch bestuurlijk verkeer in de Awb. Rechtspraktijk en rechtspraak', *JBplus* 2008, p. 20-38.

25 *Idem De Europese agenda van de Awb*, 2007, p. 97.

b DW). Hiermee wordt afgeweken van artikel 2:14 Awb, op grond waarvan het bestuursorgaan de keuze heeft om een bericht elektronisch te versturen (art. 14 lid 3 DW). Gebruik van het centraal loket door de dienstverrichter is overigens niet verplicht; in verband met het beginsel van nevenschikking kan hij altijd nog kiezen voor de ‘papieren’ weg.<sup>26</sup> Kortom, de dienstverrichter bepaalt of en in hoeverre een bevoegde instantie gebruik dient te maken van het centraal loket.<sup>27</sup> Op dit punt biedt de Dienstenwet meer mogelijkheden dan de richtlijn vereist. De richtlijn staat strikt genomen toe dat een bevoegde instantie uitsluitend via het elektronisch loket bereikbaar is, eventueel aangevuld met een telefonische bereikbaarheid.<sup>28</sup>

De wetgever heeft ten slotte aanleiding gezien ook het tweede lid van artikel 2:15 Awb, op grond waarvan een bestuursorgaan elektronisch verschaft gegevens en bescheiden mag weigeren voor zover de aanvaarding daarvan tot een onevenredige belasting voor het bestuursorgaan zou leiden, buiten toepassing te laten op verzending van gegevens via het centraal loket (art. 15 lid 1 DW). Een terechte keuze: handhaving van deze bepaling zou afbreuk kunnen doen aan het nuttige effect van de richtlijnbepalingen die zien op elektronische afwikkeling van procedures.

### 3.3 Elektronische afwikkeling: Awb wél toepasselijk

Voor zover hiervan in de Dienstenwet niet is afgeweken, zijn de bepalingen in de Awb betreffende het elektronische bestuurlijk verkeer wél toepasselijk (afdeling 2.3 Awb). Dit betekent onder meer dat een bestuursorgaan een bericht kan weigeren, voor zover de betrouwbaarheid of vertrouwelijkheid hiervan onvoldoende is gewaarborgd (art. 2:15 lid 3 Awb). Hoewel de richtlijn niet spreekt van deze weigeringsgrond, staat de richtlijn hieraan mijns inziens evenmin in de weg, zolang aan de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit is voldaan. De eisen mogen dus niet zodanig streng zijn dat het feitelijk onmogelijk is om een aanvraag elektronisch in te dienen, bijvoorbeeld door een zeer kostbaar computerprogramma verplicht te stellen om te voldoen aan de veiligheidseisen. Gezien de uitleg die de wetgever geeft aan de begrippen, lijkt hiervan geen sprake.<sup>29</sup>

Naast de voorwaarden van betrouwbaarheid en vertrouwelijkheid, kan ingevolge artikel 2:16 Awb ook het gebruik van een elektronische handtekening vereist zijn. Zowel op Europees als op nationaal niveau zijn dienaangaande nadere regelingen vastgesteld.<sup>30</sup> Artikel 14 lid 5 DW bepaalt onder welke strikte voorwaarden een

26 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 100.

27 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 99.

28 *Vgl. Handboek*, p. 21.

29 *Zie Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 37-40 en *Kamerstukken II* 2001/02, 28 483, nr. 3, p. 14-15.

30 Specifiek gericht op de tenuitvoerlegging van de richtlijn is Beschikking 2009/767/EG van de Commissie van 16 oktober 2009 inzake maatregelen voor een gemakkelijker gebruik van elektronische procedures via het één-loket in het kader van Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt (*PbEU* 2009, L 274 van oktober, p. 36-37). *Zie* op nationaal niveau onder meer de Dienstenregeling centraal loket en interne markt informatiesysteem, in werking getreden op 8 december 2009 (*Stcrt.* 2009, 18558), laatstelijk gewijzigd op 1 augustus 2011 (*Stcrt.* 2011, 9321).



elektronisch bericht kan worden geweigerd wegens een gebrekkige elektronische handtekening.

Voor het vaststellen van het tijdstip van verzending en ontvangst van een bericht is artikel 2:17 Awb van belang. De praktische toepassing ervan verschilt echter van het verzenden van een gewone e-mail; uit de memorie van toelichting blijkt dat het tijdstip waarop een bericht de berichtenbox van de ontvangende partij bereikt, bepalend is voor het moment van verzending.<sup>31</sup> In de Awb ontbreekt een verplichting om de datum van ontvangst te registreren. Een dergelijke registratie is bewijstechnisch gezien evenwel essentieel indien de *lex silencio positivo* van toepassing is, aangezien bij ontvangst van een aanvraag de beslistermijn direct gaat lopen (art. 4:13 Awb).<sup>32</sup> Het Dienstenbesluit centraal loket bepaalt daarom dat het tijdstip waarop een bericht de berichtenbox bereikt, moet worden geregistreerd (art. 5 Dienstenbesluit).<sup>33</sup> Een dergelijke registratieplicht geldt echter niet als een aanvraag buiten het loket om wordt ingediend. Het zou mijns inziens uit het oogpunt van rechtszekerheid verstandig zijn om deze verplichting alsnog op te nemen in de Dienstenwet, of liever nog in de Awb.<sup>34</sup> De richtlijn verplicht hier overigens niet toe.<sup>35</sup>

Op verschillende plekken, recentelijk nog in het VAR-preadvies van 2011, is betoogd dat de eerste zin van artikel 2:15 Awb zou moeten komen te vervallen, zodat elektronisch verkeer met bestuursorganen ook buiten de Dienstenwet altijd openstaat.<sup>36</sup> Ik sluit me hierbij aan. Thans is het voor de burger, mede gelet op het brede toepassingsbereik van de Dienstenwet, onduidelijk of hij een vergunning elektronisch kan aanvragen, en zo ja, via welk loket. Daar komt bij dat de Dienstenwet alleen ziet op primaire besluitvorming. Voor een bezwaarschrift dat wordt ingediend tegen de weigering van een dienstenvergunning geldt derhalve de hoofdregel dat dit alleen elektronisch kan indien het bestuursorgaan deze weg heeft opengesteld (art. 2:15 Awb). Het openstellen van de bezwaarfase via het loket zorgt voor efficiëntie; partijen hoeven niet over te schakelen van de digitale naar de papieren weg. Maar belangrijker is dat met één algemene regeling in de Awb, inclusief registratieplicht en verplichting tot ontvangstbevestiging, de verschillende regimes van de Dienstenwet en de Awb kunnen worden gestroomlijnd, hetgeen de uniformiteit van het bestuursrecht ten goede komt. De organisatie hiervan zou eenvoudig moeten zijn, gelet op de reeds bestaande faciliteiten. Afgaande op de beleidsnota 'Digitale Agenda.nl' van het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie lijkt het erop dat een uitbreiding van het elektronisch verkeer met de overheid daadwerkelijk op korte termijn zal worden

31 Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 98.

32 Idem Schlössels & Zijlstra 2010, p. 352.

33 Besluit van 26 november 2009, houdende regels ter uitvoering van de Dienstenwet met betrekking tot het centraal loket (Dienstenbesluit centraal loket) (*Stb.* 2009, 504).

34 Idem Schlössels & Zijlstra 2010, p. 352. Vgl. Overkleef-Verburg 2008, p. 35.

35 In de Dienstenrichtlijn vangt de beslistermijn pas aan op het moment dat de aanvraag volledig is, waardoor het moment van ontvangst van de (onvolledige) aanvraag minder van belang is.

36 Onder meer M.M. Groothuis, *De digitale overheid en de Awb. Bestuursrechtelijke aspecten van elektronische communicatie*, VAR-reeks 146, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 17-18; Backes 2009, p. 317; *De Europese agenda van de Awb*, 2007, p. 201.



gerealiseerd.<sup>37</sup> Deze beleidsnota sluit aan bij de ‘Digitale Agenda voor Europa’ van de Europese Commissie en ziet op de bijdrage die ICT kan leveren aan economische groei.<sup>38</sup> De nota stelt onder meer dat aan ondernemers het recht moet worden gegeven hun zaken met de overheid elektronisch af te handelen. Eén algemeen wettelijk kader voor elektronisch verkeer met de overheid ligt hierbij voor de hand. Daarbij kan, zo volgt ook uit de nota, aansluiting worden gezocht bij het wettelijk kader in de Dienstenwet en de ervaringen met het Dienstenloket.<sup>39</sup>

## 4. Besluitvormingsprocedure

### 4.1 Inleiding

Uit vorenstaande volgt dat dienstverrichters hun vergunningaanvragen via het elektronisch loket moeten kunnen afwikkelen. Artikel 13 DRL stelt tevens concrete eisen aan de wijze waarop een vergunningaanvraag dient te worden behandeld. Deze voorwaarden wijken aanzienlijk af van de bepalingen in de Awb. De wetgever heeft een groot aantal van deze verschillen onderkend en heeft in hoofdstuk 5 van de Dienstenwet aanvullende voorschriften opgenomen, of bepalingen uit de Awb juist buiten toepassing verklaard. Hieronder zet ik uiteen op welke punten de richtlijn en de Awb van elkaar verschillen voor wat betreft het besluitvormingsproces. Vervolgens analyseer ik welke aanpassingen de wetgever heeft verricht en hoe deze zich verhouden tot de richtlijn.

### 4.2 Vergunningen op aanvraag: de verschillen

Ingevolge artikel 13 DRL dient een aanvraag zo snel mogelijk te worden behandeld, in elk geval binnen een redelijke en vooraf vastgestelde termijn. Deze termijn gaat pas in op het moment waarop alle documenten zijn ingediend. De termijn mag eenmaal worden verlengd, maar alleen indien dit is gerechtvaardigd door de complexiteit van het onderwerp. Bovendien moeten de verlenging en de duur ervan worden gemotiveerd en vóór het verstrijken van de termijn ter kennis van de aanvrager worden gebracht. In artikel 13 lid 4 DRL is de zogeheten *lex silencio positivo* neergelegd; bij het uitblijven van een antwoord binnen de (verlengde) beslistermijn wordt de vergunning geacht te zijn verleend. Verder bepaalt artikel 13 lid 5 DRL dat een vergunningaanvraag zo snel mogelijk wordt bevestigd. Deze bevestiging moet de beslistermijn bevatten, de beschikbare rechtsmiddelen, alsmede, voor zover van toepassing, de vermelding dat bij het uitblijven van een antwoord binnen de gespecificeerde termijn de vergunning geacht wordt te zijn verleend. Ten slotte is bepaald dat de betrokkene onverwijld op de hoogte moet worden gesteld indien de aanvraag wordt geweigerd.

Bovenstaande procedure wijkt aanzienlijk af van de regeling in de Awb. Hoofregel in de Awb is immers dat de termijn bij de ontvangst van de aanvraag direct begint te lopen en niet pas op het moment waarop alle documenten zijn inge-

37 Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, *Digitale Agenda.nl. ICT voor innovatie en economische groei*, 17 mei 2011 (kenmerk ETM/TM/11063975).

38 Europese Commissie, *Een digitale agenda voor Europa*, 2010, COM(2010)245 def.

39 Digitale Agenda.nl, 2011, p. 12.

diend (art. 4:13 lid 1 Awb). Het sturen van een ontvangstbevestiging is niet verplicht, tenzij er sprake is van een *elektronisch* ingediende aanvraag (art. 4:3a Awb). Uit artikel 4:13 en 4:14 Awb volgt dat voorafgaand aan de procedure de beslistermijn niet altijd duidelijk is vastgesteld. De Awb verbindt bovendien geen directe consequenties aan overschrijding van de beslistermijn. Een beslistermijn kan ingevolge de Awb voor een onbeperkt aantal keren worden verlengd zonder dat hiervoor een nadere motivering wordt verlangd. Daarnaast kan de beslistermijn ingevolge artikel 4:15 Awb om verschillende redenen en voor een onbeperkt aantal malen worden opgeschort.

Op welke wijze zijn bovenstaande verschillen verwerkt in de Dienstenwet en de Awb?

#### 4.3 *Positieve beschikking bij niet tijdig beslissen: lex silencio positivo*<sup>40</sup>

Opvallend genoeg is de *lex silencio positivo* niet opgenomen in de Dienstenwet zelf, maar via artikel 61 DW in de Awb (par. 4.1.3.3). De wetgever vond het van belang om een algemene regeling te maken die in de toekomst ook bruikbaar zou zijn voor bredere toepassing.<sup>41</sup> De kern van de regeling is dat een gevraagde beschikking van rechtswege is gegeven, indien niet tijdig op de aanvraag tot het geven van een beschikking wordt beslist (art. 4:20b Awb). Voor de toepasselijkheid bestaat tussen de Dienstenwet en de Awb een belangrijk verschil. De regeling in de Awb is facultatief en hanteert het principe dat de *lex silencio positivo* niet van toepassing is, *tenzij* deze van toepassing is verklaard (art. 4:20a Awb). In de Dienstenwet wordt het tegenovergestelde principe gehanteerd; volgens artikel 28 DW is de *lex silencio positivo* wel van toepassing op een aanvraag om een vergunning, *tenzij* bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.

Met de regeling zoals die is vormgegeven in de Awb wordt grotendeels tegemoetgekomen aan de verplichtingen uit artikel 13 lid 4 DRL. Op een tweetal punten kan de vraag worden opgeworpen of de regeling in overeenstemming is met de richtlijn. In de eerste plaats verschaft artikel 4:20f Awb het bestuursorgaan de bevoegdheid om de van rechtswege verleende beschikking in te trekken voor zover dit nodig is om ernstige gevolgen voor het algemeen belang te voorkomen. De richtlijn voorziet niet in een dergelijke mogelijkheid.<sup>42</sup> Laat de richtlijn hiertoe niettemin de ruimte? Artikel 13 lid 4 DRL bepaalt ten aanzien van de *lex silencio positivo* dat andere regelingen kunnen worden vastgesteld, wanneer dat gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, met inbegrip van een rechtmatig belang van een derde partij. Hieruit volgt dat de regeling in ieder geval in zijn algemeenheid buiten toepassing mag worden gelaten om redenen van volksgezondheid, veiligheid of openbare orde. Uit het feit dat andere regelingen mogelijk zijn, volgt mijns inziens evenzeer dat een van rechtswege verleende beschikking in een concreet geval kan worden ingetrokken, indien zich zwaar-

40 Zie over de *lex silencio positivo* ook M.J. Jacobs, 'Lex silencio positivo', *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2010/afl. 2, p. 80-86.

41 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3 p. 48-49.

42 Art. 11 lid 4 DRL bepaalt wel dat lidstaten bevoegd blijven om een vergunning in te trekken, wanneer niet meer aan de vergunningsvoorwaarden wordt voldaan.

wegende redenen voordoen. De richtlijn hecht niet alleen belang aan spoedige procedures, maar ook aan een hoge kwaliteit van dienstverlening door betrouwbare dienstverleners. De onaantastbaarheid van vergunningen die door middel van de *lex silencio positivo* zijn verkregen door malafide ondernemingen zou deze betrouwbaarheid kunnen doen wankelen. Wel zullen voor gebruikmaking van de intrekingsbevoegdheid zeer goede argumenten moeten worden aangedragen, die betrekking hebben op de omstandigheden van het concrete geval. Daarbij zal het moeten gaan om belangen of situaties die niet zijn betrokken bij de afweging om de *lex silencio positivo* op het betreffende vergunningstelsel van toepassing te verklaren. Indien de intrekingsbevoegdheid op deze wijze als noodrem fungeert, levert dit mijns inziens geen strijd op met de richtlijn.

Het tweede punt dat vragen oproept, is de overgangsregeling die is getroffen in artikel 65 DW. Deze regeling houdt onder meer in dat artikel 28 DW tot 1 januari 2012 niet van toepassing is op vergunningen die worden verleend krachtens de Provinciewet en de Gemeentewet. Tot 31 december 2011 moeten gemeenten en provincies in hun verordeningen opnemen wanneer de *lex silencio positivowel* van toepassing is, bij gebreke waarvan de regeling *niet* van toepassing is. Elders heb ik reeds betoogd dat de overgangsregeling een veilige oplossing lijkt voor decentrale overheden, maar dat niet is.<sup>43</sup> Volgens de jurisprudentie van het Hof mag omzettingwetgeving niet voorzien in een overgangsregeling als een richtlijn hiertoe geen ruimte biedt.<sup>44</sup> Artikel 13 lid 4 DRL zal hoogstwaarschijnlijk rechtstreekse werking hebben, met als gevolg dat de dienstverrichter zich op deze bepaling kan beroepen indien de beslistermijn is overschreden ten aanzien van een vergunningaanvraag die valt onder de reikwijdte van de richtlijn. Zolang de *lex silencio positivo* daadwerkelijk van toepassing is verklaard, of is uitgezonderd wegens een geldende dwingende reden, zal dit in de praktijk geen fatale gevolgen hebben. Indien dit echter niet is onderkend, kan de gevraagde beschikking van rechtswege reeds zijn gegeven door rechtstreekse toepassing van artikel 13 lid 4 DRL. Dat een dergelijke situatie zich voordoet, is niet ondenkbaar. Met Jacobs verwacht ik dat zich in de praktijk geschillen zullen gaan voordoen waarbij de toepasselijkheid van de Dienstenwet, en daarmee de *lex silencio positivo*, ter discussie zal staan.<sup>45</sup> De overgangsregeling is derhalve risicovol. Decentrale regelgevers kunnen dit risico beperken door in de regelgeving expliciet op te nemen dat de *lex silencio positivo* niet van toepassing is. Hier dient uiteraard wel een goede reden aan ten grondslag te liggen.

#### 4.4 Ontvangstbevestiging

De verplichting tot het sturen van een ontvangstbevestiging van een vergunningaanvraag is opgenomen in artikel 29 lid 1 DW. In navolging van de richtlijn maakt de Dienstenwet daarbij geen onderscheid tussen een elektronische aanvraag en een aanvraag per post. In de ontvangstbevestiging moet de wettelijke beslister-

43 Botman 2010, p. 109.

44 Zaak C-396/92, *Band Naturschutz*, Jur. 1994, p. I-3717 en zaak C-442/06, *Commissie/Italië*, Jur. 2008, p. I-2413.

45 Jacobs 2010, p. 82.

mijn worden vermeld, alsmede de eventuele rechtsmiddelen om tegen de beschikking op te komen. Op beide punten gaat de wet verder dan de verplichtingen die volgen uit artikel 4:3a, respectievelijk artikel 3:45 Awb.<sup>46</sup> Het tijdstip van ontvangst hoeft niet in de ontvangstbevestiging te worden vermeld. Om misverstanden te voorkomen ligt het mijns inziens echter wel voor de hand dit tijdstip in de ontvangstbevestiging op te nemen, zodat voor beide partijen duidelijk is op welk moment de beslistermijn is aangevangen. Wellicht zou in de toekomst een dergelijke verplichting in de Awb kunnen worden opgenomen, in combinatie met eerdergenoemde verplichting tot registratie van het tijdstip van ontvangst.

#### 4.5 Beslistermijn

##### 4.5.1 Beslistermijn en verlenging

Artikel 31 DW regelt allereerst de beslistermijn op een vergunningaanvraag: indien geen wettelijke termijn is vastgesteld, dient een beschikking zo spoedig mogelijk, echter uiterlijk binnen acht weken na ontvangst van de aanvraag, te worden gegeven (lid 1). Voorts is in aanvulling op artikel 4:14 Awb bepaald dat de beslistermijn slechts eenmaal kan worden verlengd, en verlenging alleen is toegestaan vanwege de ingewikkeldheid van het onderwerp. De kennisgeving hiertoe is gemotiveerd en geeft een zo kort mogelijke termijn waarbinnen de beslissing wel tegemoet kan worden gezien (lid 2). Hiermee zijn de voorwaarden uit de richtlijn voor verlenging van een termijn keurig overgenomen. De vraag rijst echter hoe de naleving van deze motiverings- en mededelingsplicht in de praktijk kan worden verzekerd, bijvoorbeeld indien de complexiteit van de zaak ter discussie staat. De mededeling tot verlenging van een beslistermijn is geen besluit in de zin van de Awb en kan derhalve niet zelfstandig ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd. De verlenging zou wellicht in een dwangsomprocedure aan de orde kunnen worden gesteld, of in een bodemprocedure ten aanzien van de reële beschikking. Indien de rechter, met inachtneming van de beslissingsvrijheid voor het bestuursorgaan, tot de conclusie komt dat de zaak niet complex is en daarmee een verlenging dus niet gerechtvaardigd, zou dit als uiterste consequentie kunnen hebben dat met toepassing van de *lex silencio positivo* de gevraagde beschikking reeds is gegeven en de bevoegde instantie derhalve onbevoegd was alsnog een reële beschikking te nemen. Mogelijk is op dit punt – ook met het oog op het nuttige effect van de richtlijnbevestiging – nadere wetgeving vereist. De richtlijn noch de Dienstenwet geeft overigens aanknopingspunten hoe genoemde begrippen moeten worden uitgelegd.

##### 4.5.2 Aanvang beslistermijn

Zoals gezegd bepaalt artikel 13 lid 3 DRL dat de beslistermijn pas ingaat op het tijdstip waarop alle documenten zijn ingediend. De Awb wijkt op dit punt af van de richtlijn: de beslistermijn vangt ingevolge artikel 4:13 lid 1 Awb direct aan op het moment dat de aanvraag wordt ontvangen, ongeacht of een aanvraag volledig is. De vraag is of deze uitgangspunten met elkaar botsen.

46 Idem *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 106-107.

De wetgever meent van niet. Het zou ten nadele van een dienstverrichter zijn indien tot aan het moment dat de aanvraag volledig is, de beslistermijn nog niet loopt. Het bestuursorgaan heeft in dat geval namelijk geen stimulans om zo snel mogelijk de benodigde aanvullende gegevens op te vragen.<sup>47</sup> De regeling in de Awb zou deze stimulans wel bieden, waarmee het doel van de richtlijn om een aanvraag zo snel mogelijk te behandelen, wordt gegarandeerd. Deze redenering lijkt plausibel.

Daar staat echter tegenover dat volgens rechtspraak van het Hof een lidstaat niet mag afwijken van een in een richtlijn uitdrukkelijk voorziene bepaling, ook niet wanneer de door de lidstaat voorgestelde uitvoering of uitlegging van de richtlijn-bepaling strookt met of zelfs beter past bij bepaalde doelstellingen van de richtlijn.<sup>48</sup> Gelet op de uitdrukkelijke wijze waarop de aanvang van de beslistermijn is neergelegd in de richtlijn, had het mijns inziens de voorkeur verdiend in de Dienstenwet aan te sluiten bij het systeem van de richtlijn. Het argument van de wetgever dat dit ten nadele van de dienstverrichter zou zijn, vind ik niet overtuigend. Een bevoegde instantie is ook los van de stimulans die de regeling in de Awb biedt, verplicht om zo snel mogelijk documenten op te vragen als de aanvraag onvolledig is, namelijk op grond van artikel 13 lid 6 DRL.<sup>49</sup> Deze verplichting heeft de wetgever gek genoeg niet overgenomen in de Dienstenwet. Bijkomend voordeel van de regeling zoals opgenomen in de richtlijn is dat voor de bevoegde instanties meer tijd wordt gecreëerd om te beslissen.

#### 4.5.3 Opschorting beslistermijn

Artikel 4:15 Awb biedt verschillende mogelijkheden tot opschorting van de beslistermijn. Daarnaast is het aantal keren dat de beslistermijn kan worden opgeschort in de Awb niet beperkt. De Dienstenwet laat deze mogelijkheden grotendeels onverlet. Dit levert mogelijk spanning op met het uitgangspunt in de richtlijn dat een aanvraag zo spoedig mogelijk moet worden afgerond en dat er een vooraf vastgestelde en bekendgemaakte termijn is. Evenzeer kan het afbreuk doen aan de toepassing van de *lex silencio positivo* en de mogelijkheid om slechts eenmaal de beslistermijn te mogen verlengen.

In de eerste plaats wordt een beslistermijn opgeschort indien een bestuursorgaan de aanvrager heeft uitgenodigd tot aanvulling van de aanvraag (art. 4:15 lid 1 onder a Awb). In dat geval dienen de gevolgen voor de termijn voor het geven van de beschikking aan de dienstverrichter te worden vermeld (art. 32 lid 1 DW conform art. 13 lid 6 DRL). De richtlijn schrijft voor dat wanneer een aanvraag onvolledig is, de aanvrager zo snel mogelijk wordt meegedeeld dat hij aanvullende gegevens moet verstrekken en, in voorkomend geval, welke gevolgen dit heeft voor de beslistermijn. Uit deze bepaling blijkt echter niet of het opvragen van aanvullende documenten slechts eenmalig mag geschieden, en evenmin of dit uitsluitend vóór aanvang van de beslistermijn kan. Gelet op de context die de overige leden van

<sup>47</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 109.

<sup>48</sup> Zaak C-274/08, *Commissie/Zweden*, Jur. 2009, p. I-10647, r.o. 33.

<sup>49</sup> Bovendien zou dit ook op andere manieren kunnen worden gewaarborgd.

artikel 13 DRL bieden,<sup>50</sup> dient de betreffende bepaling mijns inziens aldus te worden geïnterpreteerd, dat als eenmaal is vastgesteld dat de aanvraag volledig is, de beslistermijn aanvangt en opschorting van deze termijn voor het vragen van nadere gegevens niet meer mogelijk is. Alsdan is de *lex silencio positivo* van toepassing en mag er nog uitsluitend worden verlengd indien de ingewikkeldheid van de zaak dit rechtvaardigt. Met een dergelijke interpretatie wordt volledig recht gedaan aan de uitgangspunten en doelstellingen van de richtlijn. Dit zou wel betekenen dat de huidige regeling in de Awb op dit punt niet in overeenstemming is met de richtlijn en moet worden aangepast.

Andere mogelijkheden tot opschorting kunnen zich ingevolge artikel 4:15 Awb voordoen, indien de aanvrager hiermee schriftelijk heeft ingestemd, indien er sprake is van aan de aanvrager toerekenbare vertraging, of wanneer er sprake is van overmacht aan de zijde van het bestuursorgaan (art. 4:15 lid 2 Awb). Over eventuele opschorting van de beslistermijn in dergelijke situaties spreekt de richtlijn, in tegenstelling tot de situatie waarin aanvullende gegevens worden opgevraagd, niet. Het beginsel van procedurele autonomie brengt met zich dat voor zover het Unierecht niets anders bepaalt, het nationale (proces)recht van toepassing is, onder voorwaarde dat wordt voldaan aan de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit.<sup>51</sup> Mijns inziens is met de richtlijn niet beoogd de mogelijkheid tot opschorting in haar geheel uit te sluiten. Met de wetgever ben ik dan ook van mening dat het opschorten van de beslistermijn in genoemde situaties ook onder de Dienstenrichtlijn mogelijk blijft.<sup>52</sup> In zulke gevallen moet echter wel duidelijk zijn welke gevolgen de opschorting heeft voor de beslistermijn. Concreet betekent dit dat de data met ingang van wanneer de termijn wordt opgeschort en weer aanvangt, zullen moeten worden bekendgemaakt aan de dienstverrichter. Artikel 4:15 Awb zou hiertoe moeten worden aangevuld. Verder geldt als voorwaarde dat er in de praktijk niet een zodanige structurele toepassing mag worden gegeven aan opschorting, dat er feitelijk geen sprake is van een vooraf vastgestelde en bekendgemaakte termijn. Dit zou afbreuk doen aan de effectiviteit van artikel 13 DRL. Onder deze voorwaarden is artikel 4:15 lid 2 Awb mijns inziens in overeenstemming met de richtlijn.

Eén opschortingsmogelijkheid die in artikel 4:15 Awb wordt genoemd, is onder het regime van de Dienstenrichtlijn gesneuveld. Indien het bestuursorgaan informatie van een buitenlandse instantie opvraagt, is opschorting van de beslistermijn uitgesloten (art. 4:15 lid 1 onder b Awb, respectievelijk art. 32 lid 2 DW). Gelet op de mogelijkheden die de richtlijn biedt op het gebied van informatie-uitwisseling, bijvoorbeeld via de contactpunten en het IMI-systeem, lijkt mij dit een terechte conclusie.

50 Vgl. zaak C-16/10, *British Telecommunications*, n.n.g., r.o. 28.

51 Vaste jurisprudentie C-231/96, *Edis, Jur.* 1998, p. I-4951; zie hierover J.H. Jans, R. de Lange e.a., *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 72-86.

52 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 110.



## 5. Verhouding Dienstenwet-Awb

Volgens de memorie van toelichting bezit de Dienstenwet niet hetzelfde generieke karakter als de Awb, maar ontstijgt de wet tegelijkertijd het gebruikelijke sectorale karakter van specifieke bestuurswetgeving.<sup>53</sup> Dit is een gevolg van het gehanteerde uitgangspunt om bij de omzetting van de Dienstenrichtlijn niet verder te gaan dan absoluut noodzakelijk was. Zoals uit bovenstaande volgt, komt deze aanpak de overzichtelijkheid en uniformiteit van de algemene bestuursrechtelijke regels niet altijd ten goede.<sup>54</sup> Mijs inziens dient daarom alsnog te worden gekeken in hoeverre de regels in de Dienstenwet kunnen worden opgenomen in de Awb. Dit is des te meer van belang, omdat de voorschriften uit de Dienstenrichtlijn niet op zichzelf staan. Zo moeten lidstaten ingevolge de eerdergenoemde Digitale Agenda voor Europa erop toezien dat het elektronisch loket verder gaat dan de onder de Dienstenrichtlijn vallende voorschriften en gebieden.<sup>55</sup> Daarnaast benadrukt het Hof steeds vaker aan welke voorwaarden vergunningstelsels moeten voldoen, teneinde willekeur te voorkomen en transparantie te bevorderen.<sup>56</sup> Deze voorwaarden zijn gecodificeerd in de Dienstenrichtlijn, maar gelden dus ook buiten diens toepassingsbereik. Mede gelet op deze ontwikkelingen is het mijs inziens wenselijk dat het 'nationale' en het 'Europees' bestuursrecht zo veel mogelijk in één wettelijk kader worden geïntegreerd.

## 6. Slotbeschouwing

Dat de Dienstenrichtlijn grote gevolgen heeft voor het algemeen bestuursrecht, staat buiten kijf. Dit is enerzijds het gevolg van het feit dat zij eisen stelt aan zowel vergunningstelsels als de vergunningsprocedure, en anderzijds vanwege haar brede toepassingsbereik. In deze bijdrage stond de driehoeksverhouding tussen de Dienstenrichtlijn, de Dienstenwet en de Awb centraal ten aanzien van de elektronische afwikkeling van vergunningaanvragen en de te volgen besluitvormingsprocedure. De Dienstenwet en de Awb vormen in dit verband een Siamese tweeling; samen vormen zij het regime dat van toepassing is op de procedure voor dienstenvergunningen. Hoewel dit vanuit Europees oogpunt niet bezwaarlijk is, had het mijs inziens de voorkeur verdiend ten aanzien van bepaalde voorschriften een uniforme regeling te treffen in de Awb. Zo dient elektronisch verkeer met bevoegde instanties ook buiten de Dienstenwet altijd mogelijk te zijn, waarbij de bevoegde instantie verplicht is het tijdstip van ontvangst te registreren en de burger hiervan op de hoogte te stellen door middel van een ontvangstbevestiging. Dit voorkomt een 'pingpongeffect' tussen de Dienstenwet

<sup>53</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 44.

<sup>54</sup> Vgl. N. Verheij, 'Bestuursrecht op drie sporen, of: hoe belangrijk is harmonisatie?', *NTB* 2010, p. 20.

<sup>55</sup> Europese Commissie, *Een digitale agenda voor Europa*, 2010, COM(2010)245 def., par. 2.7.4.

<sup>56</sup> Zie o.m. zaak C-205/99, *Analir, Jur.*, p. I-1271, r.o. 38; recentelijk zaak C-203/08, *Betfair*, 3 juni 2010, *JB* 2010, 171 m.nt. C.J. Wolswinkel; zaak C-400/08, *Commissie/Spanje*, 24 maart 2011, n.n.g.



en de Awb en schept duidelijkheid voor zowel overheid als burgers. Bovendien past het binnen de Europese en nationale voornemens op het gebied van de *e-overheid*.

De Siamese tweeling moet uiteraard luisteren naar de regels die moeder de richtlijn stelt. Op dit moment doen zich op een aantal punten spanningen voor. Aanpassing van de Dienstenwet of nadere aanvullende regelgeving kan deze spanningen in veel gevallen wegnemen. In de eerste plaats is er sprake van een risicovolle overgangsregeling met betrekking tot de *lex silencio positivo*; rechtstreekse toepassing van artikel 13 lid 4 DRL kan zorgen voor ondermijning van deze regeling. Decentrale regelgevers kunnen dit risico evenwel beperken door toepassing van de *lex silencio positivo* uit te sluiten. In de tweede plaats is het aanvangstijdstip van de beslistermijn in de Awb vermoedelijk in strijd met de uitdrukkelijke regeling in de richtlijn (art. 4:13 Awb, respectievelijk art. 13 lid 3 DRL). Het had de voorkeur verdiend als in de Dienstenwet was aangesloten bij de regeling in de richtlijn. In de derde plaats botst de mogelijkheid in de Awb om een onbeperkt aantal keer aanvullende gegevens op te vragen onder opschorting van de beslistermijn met de uitgangspunten van de richtlijn en het bepaalde in artikel 13 DRL. Het is verder van belang dat bevoegde instanties erop bedacht zijn dat de toepasselijke bepalingen in de Awb en de Dienstenwet worden gekleurd door hun Europeesrechtelijke achtergrond. Dit betekent onder meer dat het afdwingen van de naleving van de beperkte mogelijkheid om een beslistermijn te verlengen, aandacht behoeft, ten einde het nuttige effect van de richtlijn te realiseren. Ook het opschorten van de beslistermijn is met het oog hierop aan voorwaarden gebonden. Hiertoe zouden nadere voorschriften in de Awb kunnen worden opgenomen.

In de *ménage à trois*, zoals uiteengezet in deze bijdrage, zijn partijen niet gelijkwaardig; de richtlijn speelt uiteindelijk de leidende rol. Het zou dan ook niet juist zijn de richtlijn te beschouwen als derde wiel aan de wagen. Integendeel. Eerder dient zij te worden beschouwd als het vliegwiel dat de ontwikkelingen op het gebied van het Europees (bestuurs)recht aandrijft. Bekeken zou moeten worden op welke wijze deze ontwikkelingen in de Awb kunnen worden geïntegreerd.